Precios promocionales de las aerolíneas ¿constituyen precios predatorios? Caso Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador"

Isabela Moreno Burns,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Coreeo electrónico: imorenob13@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El proceso de competitividad entre los operadores por ganar clientes en el tiempo y la rivalidad entre ellos es lo que, en simples palabras, envuelve a la competencia. Existe, sin embargo, una serie de prácticas que pueden afectar a la competencia, como las conductas exclusorias y explotativas. El presente artículo se centrará específicamente en la predación como práctica ilegal, típicamente exclusoria, puesta en contraste con su más común justificación: los precios promocionales. Prácticas predatorias son aquellas que atentan contra la competencia, donde uno de los operadores disminuye sus precios con la finalidad de eliminar la competencia.

Las aerolíneas se manejan en un mercado bastante particular, que no puede ser puesto bajo la lupa de parámetros generalizados. En el caso específico del mercado aeronáutico ecuatoriano, se analizará la Resolución del antiguo Ministerio de Industrias y Productividad (en adelante, MIPRO) MIPRO-COMP-002-2010 del 29 de junio de 2010, que resolvió que Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. (en adelante, LAN) no incurrió en una práctica predatoria al ingresar al mercado ecuatoriano. Por medio del análisis y la exposición de casos emblemáticos de precios predatorios en Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea, se pondrá en conocimiento del lector los distintos tests y criterios de decisión para determinar la existencia o no de la práctica ilegal de competencia.

El objetivo del artículo se centra en demostrar que los criterios utilizados en la Resolución del MIPRO fueron erróneos. La decisión que se tomó fue con base en un análisis limitado de lo que significa "participación de mercado", que fue un factor determinante y equivocado para la toma de decisión final, configurando finalmente una suerte de abuso de derecho para el infractor.

Palabras clave

Precios predatorios, precios promocionales, libre competencia, participación de mercado, abuso de derecho.

Promotional pricing of airlines, ¿do they constitute predatory pricing? Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador" Case

Abstract

The process of competition between operators seeking to gain customers over time and the rivalry between market operators in simple words is what surrounds competition. However, there are several practices that affect competition, to mention some: exclusory and exploitative practices, predatory pricing, excessive pricing, price discrimination, unjustified negative to sell, and others. This article focuses in predation as an illegitimate practice, in contrast to one of its most common justification: promotional pricing. Predatory practices are those that attempt against competition, where one of the operators lowers its prices with the aim of eradicating its competition.

Airlines operate in a very particular market, which cannot be analyzed under generalized parameters. Transposing all of this to the Ecuadorian aeronautical market, the Resolution of the former Industries and Productivity Ministry: MIPRO-COMP-002-2010 is analyzed, who ruled that LAN did not engage in predatory practices when entering the Ecuadorian market. Through the analysis and exposition of emblematic cases of predatory pricing in the United States and the European Union, the reader will learn about the different tests and criteria taken for each decision in order to determine the existence or not of the unlawful practice of competition.

The objective is centered as such to demonstrate that the criteria followed in the Resolution of the MIPRO were mistaken. The taken decision was founded in a limited analysis of what "market participation" means, all which was a determining factor, and is considered incorrect for the final decision, finally configuring a sort of abuse of rights for the infringer.

Keywords

Predatory pricing, promotional pricing, free competition, market share, abuse of law.

1. Introducción

La libre competencia se encuentra compuesta por dos elementos: la autonomía y la igualdad de los sujetos que se relacionan en el mercado[1]. El primer elemento determina la libertad con que actúan los agentes del mercado[2]. El segundo elemento hace referencia a que los agentes más poderosos del mercado no tengan una influencia determinante sobre los precios[3].

El presente estudio pretende determinar si los precios promocionales de tiquetes aéreos son o pueden llegar a ser predatorios; y, por ende, si estas prácticas atentan contra la libre

1 *Cfr*. Witker, Jorge, y Varela, Angélica. *Derecho de la competencia económica en México*. México: UNAM, 2003, pp. 2-8.

2 Esto, en cuanto a qué, cómo, cuándo y para quién producir.

3 *Cfr*. Witker, Jorge, y Varela, Angélica. *Derecho de la competencia económica en México*. *Óp. cit*., p. 3.

competencia. Se plantea entonces una serie de elementos que ambas prácticas deben contener para convertirse en ilegales. Todo lo anterior se realizará mediante la comparación de la Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad con jurisprudencia estadounidense y de la Unión Europea. Además, se pone en consideración, principalmente, el caso de la aerolínea Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador" (en adelante, "LAN") cuando ingresó al mercado ecuatoriano en el año 2009; siendo el único caso de análisis de precios predatorios en la industria aeronáutica en el Ecuador.

La contraposición de las distintas concepciones de precios predatorios y precios promocionales, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, determinará finalmente si la decisión tomada por la autoridad ecuatoriana siguió los lineamientos que correspondían en el caso concreto.

2. Precios predatorios

Los precios predatorios fácilmente son confundidos con una práctica competitiva de precios bajos[4]. Definirlos es indispensable para establecer la diferencia entre ambos y realizar un análisis más adecuado en cuanto a las prácticas leales y a las desleales.

Manejar el mercado bajo un sistema de implantación de precios bajos es lícito, siempre y cuando se lo haga dentro del marco de competencia de méritos[5]. Así, las empresas ganan la preferencia de los consumidores en términos de eficiencia, aspecto que involucra el precio y la calidad[6].

El problema radica en el establecimiento de precios bajos dentro de lo que se ha denominado práctica predatoria: operadores que tienen como finalidad perjudicar a la competencia, para así mejorar su propia posición o situación en el mercado[7]. Las conductas predatorias son aquellas:

> distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo[8].

Se rescata de este punto la intención de perjudicar al competidor y la temporalidad que implica la implementación de esta práctica. El aumento de poder de mercado o de participación de mercado es un fin legítimo, siempre que se mantenga dentro de los márgenes establecidos por la legislación como una práctica competitiva legítima.

Justamente volvemos al punto inicial de esta sección: la utilización de medios que se consideran

---

4 *Cfr*. Otamendi, Jorge. "La competencia desleal". *Revista Jurídica año 3, No. 2* (1998), p. 43.
5 *Ibídem*.
6 *Cfr*. Pacheco, Oscar Fernando. *Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia*. Tesis de grado. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2006, p. 3.
7 Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, p. 38.
8 *Ibídem*.

como competitivos permiten que una práctica catalogada como abusiva[9] pueda, en cierto punto, parecer apegada a los parámetros competitivos. Sean estos parámetros "justificaciones de eficiencia o razones comerciales legítimas"[10]. Por estas razones, es muy común negar la existencia de una práctica predatoria alegando que se trata de una práctica competitiva.

Habiendo definido más a profundidad los precios o prácticas predatorias y sus particularidades, a continuación se pone a disposición del lector una serie de definiciones importantes. Estos conceptos permiten la extracción de los elementos esenciales que constituyen los precios predatorios.

Philip Lowe[11] plantea que:

> "Precios predatorios" como tal son precios acusados de ser una **amenaza para la supervivencia** o entrada de competidores eficientes, porque están puestos a tal nivel que solo pueden explicarse con la finalidad de eliminar similares o más eficientes competidores o deteriorando su entrada. El ejemplo clásico de precios predatorios son precios más bajos que los costos marginales, siguiendo la segunda versión del test Areeda-Turner[12] (énfasis añadido).

Por otro lado, The Unilateral Conduct Working Group[13] en el documento preparado para el International Competition Network en 2012, dice que los precios predatorios se caracterizan por

> **la incurrencia de pérdidas a corto plazo durante el tiempo de predación cobrando precios que son "muy bajos"** con la finalidad de sacar a los competidores del mercado o desentivar a potenciales competidores. El daño a los consumidores se da cuando el predador más tarde **recupera esas pérdidas**[14] (énfasis añadido).

Como idea general, los precios predatorios son aquellos inferiores al costo marginal[15]; que, a pesar de generar pérdidas a corto plazo, son útiles si se tiene la intención de eliminar o aminorar la competencia para así recuperar las pérdidas a futuro y, eventualmente, incrementar el precio a niveles supra competitivos.

Son catalogados dentro de la legislación y regulación mundial como una práctica exclusoria que altera la libre competencia, "clasificados como acciones monopolizadoras en Estados

---

9 Nuestra legislación, en el artículo 9 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, enfrasca a los precios predatorios dentro de prácticas de abuso de poder de mercado.

10 Traducción libre. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. *Report on predatory pricing,* 2008, p. 26. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf (acceso: 14/08/2016).

11 Philip Lowe es Gobernador del Reserve Back of Australia, especializado en economía, políticas monetarias y estabilidad financiera.

12 Traducción libre. Lowe, Philip. *Pros and Cons of Low Prices,* 2003, p. 2. http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf (acceso: 15/02/2016).

13 International Competition Network (CIE), grupo creado por oficiales de antitrust de 14 jurisdicciones el 25 de octubre de 2001. El CIE ofrece a las autoridades de competencia un espacio especializado de contacto regular para hacer frente a las preocupaciones en prácticas de competencia. No tiene ningún fin legislador, pero crea bases de recomendaciones para prácticas competitivas adecuadas. Vid. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/

14 Traducción libre. International Competition Network. "The Unilateral Conduct Working Group Workbook". *Predatory pricing analysis*, 2012. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf (acceso: 15/02/2016).

15 Sin embargo, existen una serie de medidas de costo que deben ser analizadas en el test de predación: AVC, average variable costs; AAC, average avoidable costs; ATC, average total costs; y LRAIC, long run average incremental costs.

Unidos y de abuso de posición dominante en Europa"[16]. En el Ecuador, también son considerados como una infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y una práctica prohibida de abuso de poder de mercado. Los precios predatorios se caracterizan distintamente en cada legislación, jurisdicción y dependiendo del caso concreto. Sin embargo, existe una serie de elementos comunes a las definiciones de precios predatorios: que la práctica sea implementada por un competidor dominante, que se dé una reducción significativa del precio, que el operador sufra pérdidas por la práctica realizada, y que todo esto tenga como fin último la eliminación de un competidor existente o entrante en el mercado.[17] La competencia basada en méritos prácticamente no existe cuando se dan prácticas predatorias[18], dado que son los competidores con poder de mercado los que manejan a su antojo dicho mercado. De lado se deja la eficiencia del operador, pues la única finalidad es la eliminación del competidor. Consecuentemente, no se sanciona el sacar al competidor o posible competidor del mercado; sino que se castiga el daño final que sufre el consumidor. La práctica predatoria se ha definido como actuaciones que "finalmente desaminan la competencia legítima de precios"[19]. Volvemos entonces a lo anterior: el recorte o baja de precios que tiene como finalidad incrementar las ganancias de un competidor es, generalmente, la esencia de la competencia[20].

3. Precios promocionales

Habiéndose detallado las características de los precios predatorios, debemos contrastarlos con los precios promocionales, a fin de identificar la línea diferenciadora entre lo que implica una práctica predatoria y una práctica promocional o de descuento. Los precios promocionales, introductorios o de descuento son aquellos consistentes en una reducción de los precios sobre determinadas prestaciones que son idénticas a la de otros oferentes frente a los mismos consumidores[21]. A continuación, se pone a disposición del lector una serie de puntos y pautas acerca de los precios promocionales que serán útiles al momento de analizar el caso LAN.

Una característica importante de los precios introductorios es que la oferta o venta se encuentra dirigida específicamente al beneficio del consumidor[22]. También, como regla general, los precios finales deberían a largo plazo cubrir los costos medios. De igual modo,

16 Gonzales, Aldo. *Estudio Sobre el Mercado Aéreo de Transporte de Pasajeros en Latinoamérica*. 2013, p. 30. http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/Airport-Study-260212-CRCAL.pdf (acceso: 27/07/2016)

17 Cfr. Coloma, Germán. "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia". Serie Documentos de Trabajo, Universidad del CEMA, No. 228 (2002), pp. 4-6.

18 Cfr. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. Report on predatory pricing. Óp. cit., p. 3.

19 *Ibídem*. *Vid*. Anexo 1, pregunta 17, respuestas de Canadá, Jamaica y Estados Unidos.

20 Traducción libre. *Cfr*. ABA Antitrust Law Section. *Federal and State Price Discrimination Law (1991)*. 1991. Capítulo 3.

21 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 27. *Vid*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012, p. 83.

22 *Cfr*. Pacheco Pacheco, Oscar Fernando. *Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia*. *Óp. cit*., p. 17.

únicamente se permite que los nuevos entrantes al mercado tengan la posibilidad de ofrecer precios promocionales o inclusive distribuir de manera gratuita sus productos, pero por un periodo corto de tiempo[23].

El tema central está en la temporalidad de los precios promocionales, de modo que pierden su esencia cuando se perpetúan en el tiempo. De esta manera, son tres los propósitos de otorgar un descuento: primero, aumentar las ventas; segundo, atraer a los clientes de los competidores; y tercero, excluir a las empresas menos eficientes[24]. Por lo tanto, el precio promocional es un beneficio para los consumidores.

Así, dentro lo legal, los precios promocionales se aceptan y no se discuten. El problema, sin embargo, deviene de la utilización de una defensa basada en precios promocionales para encubrir una práctica predatoria.

4. Casos de análisis

Se pone en consideración ciertos casos que tratan el tema de predación, para así determinar el margen diferenciador entre la práctica predatoria y la legítima. Los casos propuestos fueron los primeros que despertaron el interés en Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea, y, por tanto, merecen ser analizados. Adicionalmente, en estas decisiones encuentra fundamento la Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad en el caso LAN. Esto, en virtud de que determinan los elementos que cada línea de decisión sigue en cuanto a esta práctica predatoria, confluyendo finalmente en la decisión que se tomó en el Ecuador en el año 2010, con la entrada de LAN en el mercado.

4.1. USA: *Matsushita v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574* (1986)

El caso *Matsushita v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574*, de 1986, se desenvuelve dentro de los siguientes hechos. Las empresas norteamericanas Zenith Radio y National Union Electric Corporation alegaban que 21 empresas japonesas, dedicadas a la manufactura de electrónicos (televisiones principalmente), habían conspirado para cobrar precios supra-competitivos en Japón. Mediante esta práctica, las empresas norteamericanas subsidiaban el precio predatorio que existía en Estados Unidos, y de esta forma eliminaban a la competencia[25].

Para resolver el caso, la Corte hizo uso del test de Areeda-Turner. Este examen determina que los precios inferiores al costo marginal anticipado son predatorios, mientras que los precios superiores al costo marginal anticipado son no predatorios. Ahora bien, puesto que este tipo de costo es difícil de calcular, se usa en remplazo el costo variable[26].

23 *Cfr*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory pricing,* 1989 http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf (acceso: 15/02/2016)

24 *Cfr*. Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*. *Óp. cit*., pp. 80-81.

25 *Cfr*. US Supreme Court. *Matsushita v. Zenith Ratio Corp. 475 U.S. 574 (1986)*. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/574/case.html (acceso: 18/02/2016)

26 *Cfr*. ABA Antitrust Law Section. *Federal and State Price Discrimination Law (1991)*. *Óp. cit*.

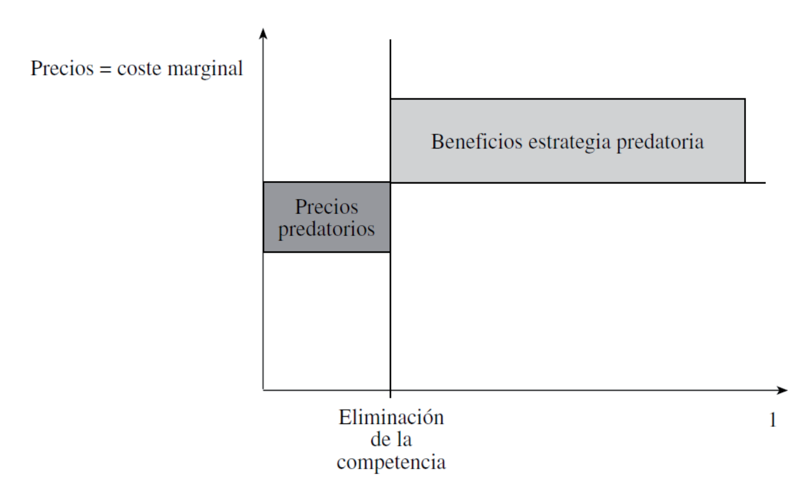


Gráfico de Test de Areeda-Turner[27]

En 1975, Phillip Areeda y Donald Turner, ambos profesores de Harvard Law School, escribieron "Precios Predatorios y Prácticas Relacionadas bajo el Sherman Act Sección 2"[28], en donde establecieron cómo identificar precios predatorios. Su teoría apuntaba a que cualquier práctica que ponía a los precios por debajo de los costos marginales[29] constituía una práctica predatoria *per se*[30]. Sin embargo, se criticó a este postulado por la dificultad que representa la determinación del costo marginal de una empresa. Esto hace que los autores reformulen su regla utilizando el concepto de coste medio variable, entendido como el costo variable total dividido entre la cantidad producida en sustitución del costo marginal. Por lo tanto, los precios inferiores al costo variable medio tienen la presunción de ilegalidad.

El test de Areeda-Turner constituye precedente en las Cortes de los Estados Unidos en lo siguiente:

> 1. Los precios por debajo del costo variable medio por un periodo significante de tiempo deben ser presumidos como anticompetitivos o ilegales. Sin embargo se admite prueba en contrario;
> 2. Los precios por encima del costo variable medio, y debajo del costo medio total se presumen legales;
> 3. Los precios por encima del costo variable medio y debajo del costo variable total se presumen legales (presunción de hecho);

27 Castelló, Ana Merino, y Grau Arnau, Susana. "Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios". *Anuario de la competencia*, No. 1. (2004), p. 350. *Vid*. Creus, Antonio. Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo). p. 276. En Martínez Lage, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo. *El abuso de la posición de dominio*. Madrid: Rustica, 2006.

28 Traducción libre. *Vid*. Areeda, Phillip, y Turner, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review, Vol. 88, No. 4 (1975).

29 Costo marginal: costo adicional en el que incurre una compañía para producir una unidad más del producto vendido. *Vid*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory princing*. *Óp. cit*.

30 *Cfr*. Segura, Julio. *An eponymous Dictionary of Economics*. Massachusets: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 5.

> 4. Los precios por encima del costo medio total se presumen legales (presunción de Derecho)[31].

En este caso, la Corte determinó que no se trataba de un caso de precios predatorios, puesto que las rebajas de precio que tienen el objetivo de agrandar la cuota de mercado son la esencia de la competencia. Más aun, se estableció que constituye como precio predatorio aquel que se encuentra debajo del costo marginal únicamente[32]. Esto es sumamente importante e indispensable para señalar el margen dentro del cual la legislación ha encasillado a los precios promocionales como legales. El margen que marca la diferencia entre la competencia leal y la desleal es la libre competencia en sí. El buscar o pretender agrandar la cuota de mercado no es penado, sin embargo se deben mirar los medios cuidadosamente.

La importancia de este caso recae en que los precios bajos aun siendo mayores a los costos de producción son un reflejo de una estructura causada por economías de escala de bajo costo, que es finalmente una competencia basada en méritos[33]. Si bien existen estos bajos precios, las prácticas predatorias no pueden ser castigadas *per se* porque son muy difíciles de identificar y detectar[34]. Con base en el análisis desarrollado, la Corte Suprema dictaminó que no existió una práctica de precios predatorios.

No obstante, es pertinente poner a disposición del lector el caso *United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141*[35], en el cual el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América demandó a American Airlines por precios predatorios y por expansión predatoria de sus frecuencias en la ruta desde y hacia el aeropuerto de Dallas-Fort Worth[36]. Lo interesante de este caso radica en que a pesar de que pueden ser suficientes, no es necesario que se pruebe la posibilidad de recuperación y que se esté operando bajo costos[37]. En este caso, finalmente se dictaminó que no se confirmaron las prácticas predatorias de las que se acusaba a American Airlines, en razón de que no se verificó que existía una recuperación posterior.

Con lo anterior en mente, Aaron S. Edlin desarrolló una nueva tesis o regla en cuanto a las prácticas predatorias: las prácticas predatorias permiten la creación de ventajas *ex ante* para el consumidor[38]. El mercado es entonces más competitivo, y los precios bajos son dictaminados y asegurados por las decisiones de los operadores del mercado[39]. Por lo tanto, "reconociendo una nueva categoría de predación sobre el costo"[40], permitiría que los mercados sean más competitivos.

---

31 Archila, Virginia. *Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 243. *Vid*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012, p. 85.

32 *Ibídem*.

33 *Cfr*. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad. *MIPRO-COMP-Resolución-002-2010*, 29 de junio de 2010.

34 *Cfr*. Wagle, M. Steven. *Predatory pricing, a case study: Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corporation*. Tesis doctoral. M.A. Wichita State University, Michita, 1986, p. 117.

35 United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141.

36 *Cfr*. Edin, Aaron. S. "Stopping Above-cost Predatory Pricinng". *111 Yaley Law* Journal *941* (2011), p. 942.

37 *Cfr*. *Óp. cit., p*. 943.

38 *Cfr*. *Óp., cit. p*. 973.

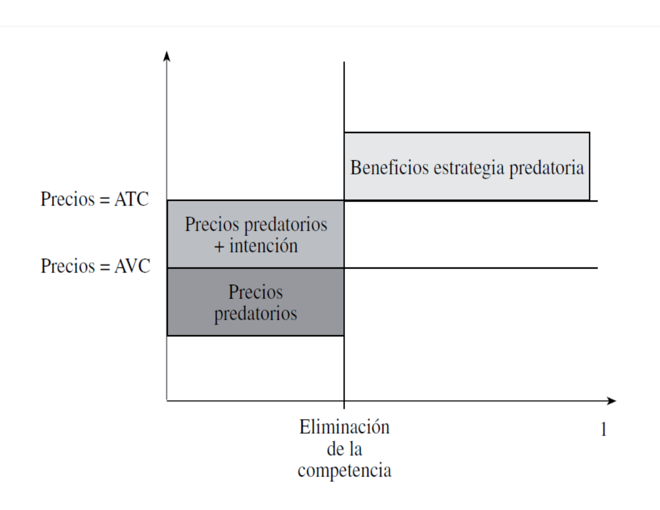
39 *Cfr*. *Óp., cit. p*. 990.

40 Traducción libre. *Óp. cit., p*. 990.

4.2. UE: *Akzo v. Commission* (1991) ECR I-3359, case C-62/86 (Unión Europea)

El primer caso sobre precios predatorios tratado en la Comisión de la Unión Europea fue el caso *AKZO Chemie BV vs. Comission*, en 1991. La mencionada empresa era una manufacturera dominante de productos químicos que sistemáticamente ofrecía aditivos para harina a precios inferiores al costo[41]. Se condenó a AKZO al pago de una multa de $ 7'500.000[42] por la realización de prácticas que involucraban precios predatorios. Bajo estos preceptos, la Comisión planteó dos tests para determinar la existencia de precios predatorios.

1. Precios inferiores al costo variable medio (por sus siglas en inglés, "AVC") se presumen como abusivos, porque responden a la única intención de eliminación de la competencia.
2. Precios inferiores al costo total (por sus siglas en inglés, "ATC") pero superiores al costo variable medio (AVC) solo son predatorios cuando responden a una estrategia con finalidad de excluir o eliminar a la competencia[43].



Test en el caso AKSO[44]

Los criterios impartidos por la Comisión han constituido precedente para otros casos como Tetra Pak II, Deutsche Telekom, France Telecom y Telefónica[45], siendo tales:

1. Los precios predatorios configuran un supuesto de abuso de posición dominante.
2. La existencia de posición dominante se puede determinar por medio de la cuota de mercado, en donde el 50% es suficiente indicador de poder de mercado.
3. Aplicación del test Areeda-Turner, en donde los precios por debajo de los costos medios variables se presumen predatorios.

---

41 *Cfr*. Rosenblatt, Howard, Armengod, Héctor, y Scordamaglia-Tousis, Andreas. "Post Danmark: predatory pricing in the European Union". *The European Antitrust Review* (2013), p. 21.

42 *Cfr*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. *Óp. cit*., p. 115.

43 *Cfr*. Rosenblatt, Howard; Armengod, Héctor, y Scordamaglia-Tousis, Andreas. *Óp. cit*.

44 Castelló, Ana Merino, y Grau Arnau, Susana. "Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios". *Anuario de la competencia*, No. 1. (2004), p. 350. *Vid*. Creus, Antonio. Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo). *Óp. cit*., p. 278.

45 *Cfr*. Tepper, Richard. *Criterios jurisprudenciales y doctrinales en la calificación de un precio como predatorio*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 2014, p. 35.

4. Los precios sobre los costos medios variables no se presumen predatorios, pero lo serán si forman parte de una táctica para eliminar competencia[46].
En Europa no se realiza el test de recuperación[47], en virtud de que posee mayor importancia el elemento subjetivo sin tomar en cuenta el análisis de la estructura del mercado[48]. Este criterio es bastante cuestionable porque todo análisis de prácticas anticompetitivas debe iniciarse en un espectro de mercado relevante.

4.2.1. Tesis de Richard Posner

A diferencia del test Areeda-Turner, Richard Posner[49] consideraba el elemento intencional en la práctica predatoria. Por lo tanto, son precios predatorios aquellos "inferiores al coste marginal a largo plazo, siempre que estos últimos vayan acompañados de la intención de eliminar un competidor"[50]. Por la dificultad que presenta calcular el costo marginal, Posner reformula su tesis cambiando a este por el costo medio según balance, entendido como el costo medio total que aparece en los registros contables de la empresa[51].
Por lo tanto, de ambos tests es posible extraer las dos condiciones que el MIPRO analiza en su decisión: la condición objetiva y la condición subjetiva[52]. Del test de Areeda-Turner se desprende el elemento objetivo: posición dominante (50%) y presunción de existencia de predación cuando el precio es inferior al costo marginal. Del test de Richard Posner, por otro lado, se configura el elemento subjetivo: la intencionalidad de eliminar la competencia. El conjunto de ambos elementos determina la existencia de una práctica ilegítima, la predación.

4.3. Ecuador: Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad MIPROCOMP-Resolución-002-2010

El caso ecuatoriano en estudio tiene dos particularidades. En primer lugar, es el único que ha tratado el tema de precios predatorios en aerolíneas en el país. En segundo lugar, no se trata de una resolución judicial; en realidad, es un acto administrativo susceptible de recurso extraordinario de revisión y reposición, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, tal y como se establece en su artículo 69.
La denuncia, presentada por Compañía TAME Línea Aérea del Ecuador (en adelante, "TAME"), tenía por objeto que se investigue la fijación de precios predatorios, competencia desleal e intención de expulsar del mercado a sus competidores; específicamente, en el servicio

---

46 *Cfr. Ibídem.*
47 La recuperación es un elemento de la ilegalidad del precio predatorio; una vez eliminado el competidor, el predador incrementa sus precios para así recuperar las pérdidas incurridas al momento de ofrecer precios bajos. *Víd.* Sherman Act, Section 2 (1890).
48 *Cfr. Ibídem.*
49 Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos. Graduado y profesor en University of Chicago Law School.
50 Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado. Óp. cit.*, p. 86.
51 *Ibídem.*
52 Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad. *MIPRO-COMP-Resolución-002-2010. Óp. cit.*

de transporte aéreo comercial nacional de pasajeros en la ruta Guayaquil-Quito por parte de LAN [53].

La actora, TAME, alegaba que LAN vendía sus servicios por un valor de $ 29, valor del boleto aéreo en la ruta Quito-Guayaquil; precio que era un 40% inferior al del estudio económico mencionado en la Resolución, que se había presentado a la Autoridad Aeronáutica, por lo que no alcazaba a cubrir sus costos.

Se hace un análisis tanto jurídico como económico para resolver esta denuncia: en primer lugar, un examen de los elementos objetivos y subjetivos que envuelven a la práctica de precios predatorios.

La condición objetiva consiste en lo siguiente:

> Se refiere a la condición material de la empresa acusada para poder desarrollar una conducta de fijación de precios predatorios con posibilidades de éxito. Es decir, que se trate de una empresa que pueda materialmente poner precios supra competitivos una vez que ha hecho desparecer la amenaza del competidor potencial o real en el mercado. […] La condición objetiva, por tanto se refiere a la capacidad para poder actuar en el mercado con independencia de la reacción competitiva de los competidores. Esto se conoce como posición dominante o también poder de mercado[54].

Por su parte, la condición subjetiva hace referencia a lo siguiente:

> Se puede afirmar que el elemento subjetivo se constituye en función de la voluntad del operador en la comisión del tipo objetivo de la infracción, por lo cual puede abarcar un abanico muy amplio de posibilidades, siendo la más leve aquella que resulta de la simple negligencia y siendo la más grave aquella que se desprende de una conducta intencional y voluntaria que implica la concurrencia de dolo[55].

Así, en la Resolución se definió que el mercado relevante que merecía consideración era aquel comprendido en la ruta Guayaquil-Quito entre las fechas 6 de abril y 29 de mayo del año 2009[56]. No obstante, la autoridad debió haber delimitado aún más el mercado a los números de asientos a los cuales se aplicaba el precio bajo. Esto porque, en caso de no hacerlo, al momento de sumar las ganancias totales evidentemente se cubren todos los costos variables y fijos.

Finalmente, del análisis económico que realizó el MIPRO se desprende lo siguiente, principalmente, para la toma de la decisión.

> 1. La participación del mercado por frecuencias asignadas por la Dirección General de Aviación Civil determina que AeroGal tenía el 28% del número de frecuencias, TAME el 23%, Icaro y LAN el 19% cada una, y VIP el 11%. Concluye, entonces, que no cuenta con posición de dominio.
> 2. "El Índice de Dominancia[57] para el año 2005 fue de USD 5.967, para julio de 2009 este índice disminuye a 2.950. Lo que significa una mejor distribución del mercado entre los

53 *Ibídem*.
54 *Cfr. ibídem*.
55 *Ibídem*.
56 El mercado relevante definido se considera correcto en cuanto a las rutas, frecuencias y fechas.
57 "El Índice de Dominancia (ID) fue propuesto en función de disponer de un indicador cuyo resultado dependa del tamaño relativo de las empresas que se concentran y de la estructura particular del mercado. Esto se logra, en tanto el indicador no aumenta cuando se concentran empresas relativamente pequeñas, pero sí lo hace en caso de concentraciones entre empresas relativamente grandes". *Vid*. Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor. *Guía para el Control de las Concentraciones Económicas*, 2001. http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/501.pdf (acceso: 07/05/2017).

operadores lo que va en beneficio de los consumidores. LAN no posee posición dominante a julio del año 2009, su Índice de Dominancia 355) es inferior a los AeroGal (1.587) y TAME (866)"[58].
3. Durante el periodo en cuestión, la empresa denunciada presentó un nivel de participación por número de pasajeros transportados del 22,2%, mientras que AeroGal era líder con 32,3%[59].
4. La tarifa promocional cubría, efectivamente, los costos fijos de la aerolínea.
5. En cuanto al costo marginal analizado para la determinación de precios predatorios, se calculó a partir del costo variable unitario ($ 3,25); y en cuanto a que la totalidad de las frecuencias programadas por la empresa denunciada se desarrollaron completamente, "los costos variables de vuelo pasaron a ser considerados como costos fijos dentro de este período"[60].
6. Los ingresos de LAN fueron de $ 1'804.330, cuyo 71,2% corresponde a la venta de tarifa normal, y el 28,8% a la tarifa introductoria promocional.
7. Finalmente se hace una acotación de que, al no cumplirse con los elementos de los precios predatorios, los mismos no se configuran en el caso concreto.
Con lo anterior en mente, se propone una figura del derecho civil: el abuso del derecho. El artículo innumerado que sigue al artículo 36 del Código Civil plantea que: "[c]onstituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada o voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico"[61].

El Derecho tiene un fin económico que debe tomarse en cuenta. La propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad económica fueron las bases para el actual modelo económico liberal (que nació en el siglo XIX). La idea principal es una economía que se autorregula bajo las fuerzas del mercado en libre competencia[62]. Entonces, ¿qué sucede cuando el abuso del derecho recae sobre uno de los fines últimos del derecho, el fin económico?

En el caso concreto de LAN en Ecuador, el MIPRO optó por desestimar la pretensión de TAME, argumentando que no era un caso de precios predatorios. Sin embargo, tomando en consideración la figura del abuso del derecho, quedan algunas incógnitas por responder, que serán analizadas a continuación.

Parte del análisis económico que realiza el MIPRO radica en la participación de mercado de cada uno de los actores en la frecuencia Quito-Guayaquil. A pesar de que ninguno de los operadores llega a un porcentaje de 50% o aún de 40%, las proporciones sí muestran cierto poder. Es decir, si bien AeroGal tiene un porcentaje de 28%, TAME de 23% y LAN de 19%, los cuales no llegan al 50% (individualmente considerados) establecido por la jurisprudencia de la Comisión Europea en el caso que tratamos anteriormente, sí son relativamente altos. Con lo expuesto, no se pretende cambiar las disposiciones o parámetros, por el contrario, se busca mirar la realidad del mercado. A simple vista, con estos porcentajes parecería que no hay problema alguno, pero si se compara al uno con el otro directamente, son relativamente cercanos. "[I]ncluso cuando las cuotas de mercado, no acreditan el poder de mercado, o

58 *Ibídem*.
59 *Cfr*. *ibídem*.
60 *Ibídem*.
61 Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 junio de 2005.
62 *Cfr*. Witker, Jorge. *Introducción al derecho económico*. México: McGraw-Hill, 1999, p. 1.

el efecto anticompetitivo, (…) puede ser importante otro resultado, la identidad de los vendedores de los productos estrechamente sustituibles”[63]. Por lo tanto, el porcentaje que determina la participación y el poder de mercado (entre el 40% y 50% según la jurisprudencia analizada), en este caso debería reducirse para hacer más cercano el análisis a la realidad del mercado, considerando que este, por su naturaleza, no permitiría que los operadores lleguen a tales porcentajes. Con esto, LAN efectivamente tendría poder de mercado, con menos de 10 puntos porcentuales de diferencia comparado con AeroGal. No solo esto, se deben considerar que existen fuertes barreras de entrada, que el consumidor no tiene mucho poder compensatorio ni de negociación con las tarifas ya fijadas por los operadores, y que el tamaño de la empresa en sí es significante. Todo esto lleva a determinar que LAN sí cuenta con poder de mercado[64].

En los mismos estudios y análisis que realiza el MIPRO, se menciona que la participación por número de pasajeros transportados de LAN es de 22,2% y la del líder (AeroGal) es de 32,3%. La diferencia es de menos de 10 puntos porcentuales, lo cual es muy bajo considerando que únicamente existen cinco actores en el mercado relevante. Esto reafirma el punto anterior: el análisis realizado es sesgado y no mira la realidad del mercado.

Es indispensable recordar que las aerolíneas cuentan con capacidad limitada, que se rige o fija de acuerdo con los aviones registrados en el país, las rutas y frecuencias otorgadas por la autoridad de aviación civil, que en el país es la Dirección General de Aviación Civil del Ecuador (en adelante, “DGAC”). Es decir, que el poder de mercado o la participación de mercado de un operador aéreo nunca van a superar la capacidad instalada de la aerolínea, y mucho menos en un periodo tan corto de tiempo.

5. Legislación ecuatoriana

A pesar de que el tema de los precios predatorios y de los precios promocionales no se ha desarrollado profundamente en el Ecuador, existe normativa nacional que trata acerca de ello. No es materia de la legislación establecer parámetros extremadamente precisos, considerando que las prácticas predatorias en realidad no son una práctica tipificada como ilícita *per se*; sin embargo, existe la clasificación de una conducta de abuso de mercado.

En primer lugar, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 335 ha establecido lo siguiente:

> El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.
>
> El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y

63 Schmalensee, Richard. “Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?”. *The Economics of Market Dominance*. Nueva York: Ed. Donald Hay y John Vickers. 1987, p. 63. *Vid*. Nuñez Osorio, Maritza Iliana. *El Abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009, p. 67.

64 Comisión Europea. *Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)*. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html, 2013 (acceso: 07/05/2017).

> oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal[65].

Por su parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prescribe:

> Art. 9.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:
>
> 4. La fijación de precios predatorios o explotativos[66].

En la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre las Normas de Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina se menciona, en su artículo 8: "Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: a) La fijación de precios predatorios"[67].

La legislación sanciona o cataloga como ilegítima la reducción de precios por no tener ningún propósito legítimo de negocios, esto según el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado del Ecuador, donde prescribe que es abusiva la práctica que impide, restringe, falsee, distorsione la competencia, o afecte la eficiencia económica o bienestar del consumidor. Ahora bien, la presunción de la existencia de precios predatorios es algo controversial. Se plantea esta idea tomando en consideración que la utilización de precios promocionales es común defensa o justificación cuando se acusa de implementación de precios predatorios[68]. Entonces, se cuestiona el tema de la presunción, porque en el caso de que en realidad se esté haciendo uso de precios promocionales, puede esto ser confundido y finalmente sancionado como precio predatorio.

6. Los precios predatorios y los precios promocionales en el caso ecuatoriano

Como se manifestó en un inicio, a pesar de que el enfoque está en los precios predatorios, la contraposición de estos con los precios promocionales permitirá analizar más a profundidad el tema de la predación.

> Dos características típicas de los mercados competitivos son: (1) los precios tienden a igualar a los precios marginales, no obstante en algunos mercados los precios pueden estabilizarse en un punto más alto; y (2) bajando el precio a menos del costo marginal no es una forma razonable para que una empresa pueda incrementar sus ingresos – a menos que el incremento presente sea igual al precio futuro del precio monopólico o es usado con finalidades promocionales[69].

---

65 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 del 20 octubre de 2008.

66 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9 numeral 4. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 octubre de 2011.

67 Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre las Normas de *Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina* (2005).

68 *Cfr*. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. *Report on predatory pricing*. *Óp. cit*., p. 3.

69 Traducción libre. Wagle, M. Steven. *Predatory pricing, a case study: Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corporation*. *Óp. cit*., p. 8.

En principio, la intención promocional no constituye un precio predatorio, así como se ha manifestado en la jurisprudencia colombiana en la Sentencia 103/2010 del TDLC, que indica lo siguiente:

> […] las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son per se contrarias a la libre competencia, pero cuando estas ventas se hacen persistentes y se utilizan como un medio para excluir competidores, pueden constituir un arbitrio que limite la competencia". Como se puede apreciar, el **Tribunal establece un requisito: la temporalidad**. Esto es absolutamente entendible, pues de no ser así, una empresa podría encubrir una política permanente de precios bajo el disfraz de ser una promoción (énfasis añadido)[70].

Los precios promocionales se diferencian de los predatorios por un elemento de temporalidad y por los costos. Inclusive se crea una suerte de excepción en el test de Areeda-Turner, donde manejarse con un precio inferior al coste marginal a fin de promocionar temporalmente o para llegar a un precio semejante al de la competencia no son considerados como predios predatorios[71]. Sin embargo, tal cual el punto dos de este artículo sobre las características típicas de un mercado competitivo, no se mira como "razonable" el bajar a tal punto los precios. Entonces, para justificar esta baja de ganancia, o incluso trabajar a pérdida, el operador debería en cierto momento recuperar lo que perdió. De otra forma carecería totalmente de la eficiencia que se requiere para que un competidor permanezca en la lucha.

Se ha dejado claro que confundir precios predatorios con alguna práctica competitiva lleva a inhibir la competencia de precios en la economía, y además podría incluso incrementar la concentración en el futuro[72].

> [L]os descuentos también podrán ser utilizados con una finalidad predatoria, buscando de esta forma eliminar a uno o varios competidores del mercado. Sin embargo, el carácter excepcional de los descuentos promocionales, que es la práctica objeto de estudio en esta investigación, excluye la posibilidad de enjuiciarlos como conductas predatorias, puesto que los mismos tienen una duración bastante limitada. En cambio, toda estrategia de predación debe mantenerse de manera prolongada en el tiempo, para que así tenga éxito[73].

Por lo mismo, mientras más perdura en el tiempo la práctica predatoria, más incrementan las barreras para reingresar al mercado por parte de los que fueron expulsados. Entonces, cuanto más complicado sea que un competidor eliminado o aminorado vuelva a la competencia, más gravosa debería ser la sanción para el operador predador[74]. Todo esto se materializa en una afectación al bienestar del consumidor y en una afectación a la competencia.

Que no se configuren los elementos de los precios predatorios es la manera de mantener al margen de la legalidad las estrategias competitivas de las aerolíneas. Al ser el elemento subjetivo el más difícil de probar, muchas veces se configura el mismo por medio de los

---

70 *Cfr*. Tepper, Richard. *Criterios jurisprudenciales y doctrinales en la calificación de un precio como predatorio*. *Óp. cit*., p. 9.

71 *Cfr*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory pricing*. *Óp. cit*., p. 5.

72 *Cfr*. *ibídem*.

73 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*. *Óp. cit*., p. 5.

74 *Cfr*. Santos, Oswaldo. *Análisis de los fundamentos económicos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Tesis de grado. Universidad Técnica Particular de Loja, Quito, 2012, p. 54.

elementos objetivos[75]. Inclusive, a pesar de que la práctica predatoria es ilegal, muchas veces las empresas incurrirán de igual manera en estas conductas con tres objetivos. Primero, construir una reputación; segundo, crear barreras más grandes; y tercero, que mercados que podían crecer se vean estancados o carentes de crecimiento[76].

7. Conclusiones

Respondiendo a la pregunta inicial, con respecto a la posibilidad de que los precios promocionales constituyan o no precios predatorios, se puede decir que los precios promocionales de las aerolíneas se mantienen dentro del marco legal cuando se verifican las siguientes condiciones: primero, cuando no se perpetúan en el tiempo; segundo, cuando mantienen una intencionalidad de mejorar ventas; y tercero, cuando son ejercidos como una práctica competitiva que lleva únicamente a la eliminación de los operadores no eficaces. Caso contrario, los precios bajos promocionales podrían constituir una práctica predatoria; sin embargo, las prácticas predatorias no contienen a los precios promocionales.

En el caso ecuatoriano es posible evidenciar la influencia de los precedentes de la Unión Europea para adoptar una resolución; además, se hace alusión a la intención que únicamente se toma en consideración en el sistema norteamericano[77]. Por lo tanto, para que se configure la conducta predatoria, la empresa debe tener poder de mercado y realizar un sacrificio a corto plazo con la intención de eliminar a la competencia o crear una barrera para que otros entren. Lo anterior, con el fin, a largo plazo, de recuperar la pérdida generada e inclusive ganar utilidades mucho más grandes, lo que causa un daño al bienestar del consumidor.

Los precios predatorios se pretenden justificar legalmente como precios promocionales o introductorios. En cuanto a la lucha de eficiencia y méritos, el precio promocional no es una forma muy razonable para que una empresa incremente sus ingresos porque, eventualmente, podría llegar a ser menos eficiente que los competidores que quiere eliminar. Es decir que, en lugar de eliminar al menos eficiente, el operador que baja sus precios podría convertirse él mismo en el competidor menos eficiente. Más aun, puede amenazar la supervivencia de competidores igual de eficientes, descartartando igualmente el tema de que es el menos eficiente el que se elimina.

La Resolución del MIPRO se basa en que el elemento objetivo no se cumple, por lo tanto, no es un caso de precios predatorios. Pese a esto, y de acuerdo con lo expuesto, el poder de mercado es real, aunque no evidente dentro de los parámetros regulares de medición. La realidad del mercado aeronáutico muestra ciertas particularidades que no pueden dejarse de lado, mucho menos en un caso como el presente. Debe mirarse, indispensablemente, la realidad del mercado para poder determinar la existencia de una práctica ilegítima.

---

75 Recordamos al lector que el elemento objetivo es la posición dominante o poder de mercado, mientras el elemento subjetivo involucra la intención del operador para la comisión de la infracción.

76 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio. Óp. cit.*, p. 5.

77 Toma en conjunto elementos planteados tanto en el ámbito europeo como en el norteamericano.

La posición que toma LAN al ingresar al mercado ecuatoriano es bastante problemática, y la defensa propuesta por la aerolínea, discutible. La defensa obvia de los precios predatorios es el tema promocional. Sin embargo, la Resolución finalmente rompe con todo parámetro del fin económico del derecho, constituyendo abuso del derecho, que a pesar de ser una figura del derecho civil puede ser trasladada al área de la competencia. La libre competencia vela por eso mismo, que se defina por méritos quién permanece en el mercado; pero en este caso, no se trató de una cuestión de mérito.

La defensa de LAN y lo que finalmente dictaminó el MIPRO abren la puerta a una amplia justificación de prácticas predatorias dentro del sistema ecuatoriano. Se defienden prácticas que atentan contra la competencia con base en figuras que en teoría no se cuestionan por ser consideradas como leales. Se pierde entonces el enfoque económico del Derecho como facilitador de las operaciones de mercados libres.

El operador entrante, para finalmente ser eficiente, se convierte en predador. ¿O siempre lo fue?